

Verkündet
am 23. März 1955
Schorm, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

-5 097

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma H [REDACTED] Export Import Company, Mehmet Hulusi
M [REDACTED] & Co in I [REDACTED] /Türkei,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Bayerische Gemeindebank (Girozentrale), Öffentliche Bank-
anstalt, Außenhandelsbank, in M [REDACTED], B [REDACTED] str. [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch den Vorstand,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Nebenintervenientin:

Firma F [REDACTED]-W [REDACTED] GmbH, Ein- und Ausfuhr landwirtschaft-
licher Produkte, in M [REDACTED], Großmarkthalle - Kontorhaus,
T [REDACTED] straße [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den Ge-
schäftsführer Kaufmann F [REDACTED]-W [REDACTED],

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 16. März 1955 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Johannsen,
Dr. Kregel, Scheffler und Wüstenberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das den Parteien am 16. Juni 1954 und der Nebenintervenientin am 17. Juni 1954 an Verkündungs Statt zugestellte Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Nebenintervenientin kaufte im September 1951 von der Klägerin ca. 23 Tonnen frische türkische Hühnereier, den deutschen Einfuhrbestimmungen entsprechend, Luftkammer 6 mm, cif Triest, für 600,-- US-Dollar je Tonne. Bei der Verladung sollte der Experte der Nebenintervenientin die Eier besichtigen. Die Zahlung sollte gegen Bankgarantie bei der Bank der Klägerin, der Banca Commerciale Italiana, Succursale d'I [REDACTED] in I [REDACTED] (künftig Comitbanca genannt) gegen handelsübliche Dokumente erfolgen. Die näheren Bedingungen des Kaufvertrages ergeben sich aus der schriftlichen Bestätigung der Nebenintervenientin vom 3. September 1951 (Bl 6 GA). Einzelne von ihnen wurden später geändert; insbesondere wurden die gesetzten äußersten Termine für die Verladung und Vorlage der Dokumente bis zum 14. bzw. 17. Oktober 1951 hinausgeschoben.

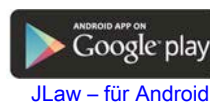
In einem Schreiben vom 3. September 1951 (Bl 45 GA), das den Vermerk enthielt: "Betreff: Bankbestätigung, Einfuhrbewilligung Nr. .. über US-Dollar 14 100,--", teilte die Beklagte der Comitbanca mit: Die Nebenintervenientin habe von ihr die Einfuhrbewilligung für den Import von ca. 23 Tonnen frischer türkischer Hühnereier erhalten. Laut Bank Deutscher Länder sei damit die feste Gewähr für die Devisenzahlung gegeben. Sie, die Beklagte, bestätige hiermit, von der Nebenintervenientin den unwiderruflichen Auftrag erhalten zu haben, die Devisenzahlung als Agent der Bank Deutscher Länder im Rahmen der Einfuhrbewilligung zugunsten der Klägerin zu veranlassen gegen Empfang verschiedener Dokumente, darunter eines Gutachtens "eines Experten der Controll-Co in I [REDACTED]" über Qualitäts- und Gewichtsbeurteilung durch die Nebenintervenientin. Voraus-

- 4 -

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

setzung sei ferner, daß die Ware vereinbarungsgemäß geliefert werde; dieser Zusatz war in Maschinenschrift auf dem vorgedruckten Formular des Bestätigungsschreibens hinzugesetzt.

Die Comitbanca bestätigte der Beklagten mit Schreiben vom 11. September 1951 (Bl 20 a Anl 1 GA) den Empfang der Bankbestätigung und bat, um Unannehmlichkeiten zu vermeiden, umgehend, am besten telegrafisch, zu bestätigen, daß die Beklagte diese neue "Operation" wie ein bestätigtes unwiderrufliches Akkreditiv betrachte, das nicht abänderbar sei ohne Einverständnis der Begünstigten, ausgenommen die Verlängerung der Gültigkeitsdauer. Die Beklagte telegraphierte am 15. September 1951 an die Comitbanca, sie bestätige, daß Abänderungen ohne Einverständnis des Begünstigten nicht erfolgen würden. Mit Schreiben vom 17. September 1951 bestätigte die Comitbanca den Empfang des Telegramms (Bl 46 GA).

Die Klägerin verlud die Eier in zwei Teillieferungen am 24./25. September und am 7. Oktober 1951. Die Comitbanca übersandte am 27. September und 9. Oktober 1951 sämtliche in der Bankbestätigung aufgeführten Dokumente der Beklagten zur Einlösung, darunter auch das Gutachten der von der Nebenintervenientin beauftragten Kontrollgesellschaft, der Gesellschaft G [REDACTED] in I [REDACTED] vom 26. September 1951 (Bl 170, 171 GA), welches die Eier als frisch mit einer Luftkammer von weniger als 6 mm bezeichnete. Als die erste Teillieferung am 8. Oktober 1951 in München eintraf, ließ die Nebenintervenientin die Eier durch den Sachverständigen R [REDACTED] und danach durch das Veterinäramt der Stadt M [REDACTED] untersuchen. R [REDACTED] erklärte in seinem Gutachten vom 9. Oktober 1951 (Bl 60 GA), ergänzt am 7. November 1951 (Bl 62 GA), die Eier hätten ein Alter von wenigstens 8 Wochen. Das amtstierärztliche Zeugnis des Veterinärrates

Dr. S. [REDACTED] vom Veterinäramt in München vom 30. Oktober 1951 (Bl 20 a Anl 2 GA) kam auf Grund einer am Vortage vorgenommenen Untersuchung zu dem Ergebnis, daß die Eier ein Alter von 10 bis 12 Wochen hätten. Deswegen erklärte die Nebenintervenientin der Klägerin die Wandlung hinsichtlich der ersten Teillieferung. Die zweite Lieferung nahm sie nicht ab, da sich die Klägerin mit einer weiteren Untersuchung nicht einverstanden erklärte. Die erste Lieferung wurde alsdann in München, die zweite in Triest versteigert. Auf Weisung der Nebenintervenientin verweigerte die Beklagte die Einlösung der ihr vorgelegten Dokumente und sandte sie an die Comitbanca zurück. Diese trat ihre Ansprüche gegen die Beklagte an die Klägerin ab.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, das Schreiben der Beklagten vom 3. September 1951 stelle ein bestätigtes unwiderrufliches Akkreditiv dar, aus dem die Beklagte zur Leistung eines Betrages in Deutscher Mark verpflichtet sei, der dem von der Nebenintervenientin geschuldeten Kaufpreis für die beiden Eierlieferungen in Höhe von 6 856,20 und 6 949,80 US-Dollar entspreche; Einwendungen aus dem zwischen ihr, der Klägerin, und der Nebenintervenientin abgeschlossenen Kaufvertrag könne die Beklagte nicht erheben. Sie hat behauptet, die Eier seien vertragsgemäß geliefert worden. Durch die Verweigerung der Zahlung sei ihr ein Schaden von 200,-- US-Dollar entstanden, für den die Beklagte gleichfalls haftbar sei, wie sie auch Verzugszinsen in Höhe von 8 % seit dem 17. Oktober 1951 zu zahlen habe.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, den Gegenwert von 14.006,-- US-Dollar zuzüglich 8 % Zinsen seit dem 17. Oktober 1951 in Deutscher Mark, der dem Um-

rechnungskurs bei Zahlung entspricht, auf ein noch zu benennendes DM-Sperrkonto bei einer westdeutschen Außenhandelsbank zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen Vorlegung näher bezeichneter Dokumente über die Lieferung der Eier.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie ist der Ansicht, dass ihr Schreiben vom 3. September 1951 kein selbständiges Schuldversprechen enthalte. Sie hat behauptet, dass sich die gelieferten Eier in dem von den Sachverständigen R. [REDACTED] und Dr. S. [REDACTED] festgestellten schlechten Zustand befunden hätten, und hält sich deshalb nicht für verpflichtet, Zahlung zu leisten.

Die Nebenintervenientin ist der Beklagten beigetreten.

Das Landgericht hat die Klage durch Urteil vom 24. Juni 1953, ergänzt durch Urteil, das den Parteien und der Nebenintervenientin am 4. August 1953 an Verkündungs Statt zugestellt worden ist, abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist durch Urteil des Oberlandesgerichts, das den Parteien am 16. Juni 1954 und der Nebenintervenientin am 17. Juni 1954 an Verkündungs Statt zugestellt worden ist, zurückgewiesen worden.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten nach dem Klageantrag.

Die Beklagte und die Nebenintervenientin bitten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat den Rechtsstreit nach deut-

schem Recht entschieden. Die Revision bittet zu prüfen, ob deshalb, weil Erfüllungsort für die Lieferung der Eier der türkische Abladeort gewesen sei, türkisches Recht, oder deshalb, weil die cif-Klausel auf Triest gestellt und die Korrespondenz mit einer italienischen Bank geführt worden sei, italienisches Recht anzuwenden sei.

Die Bedenken der Revision gegen die Anwendung deutschen Rechts sind unbegründet.

Die Bestimmung des Schuldstatuts richtet sich nach feststehender Rechtsprechung in erster Linie nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteiwillen, gegebenenfalls nach dem mutmaßlichen (hypothetischen) Parteiwillen und notfalls nach dem Erfüllungsort (BGHZ 9, 221 222).

Streitgegenstand ist der Zahlungsanspruch, den die Klägerin aus dem an die Comitbanca gerichteten Schreiben der Beklagten vom 3. September 1951 herleitet. Welches Recht auf die streitige Verpflichtung anzuwenden ist, haben die Beteiligten nicht ausdrücklich bestimmt. Aus der Bankbestätigung selbst ist eine solche Bestimmung nicht ersichtlich, und dass sie außerhalb der Urkunde getroffen worden sei, ist nicht behauptet worden und aus dem gesamten Parteivorbringen nicht erkennbar. Auch eine stillschweigende Vereinbarung über das Schuldstatut ist nicht ersichtlich. Die Sprache, in der die Erklärung abgefasst ist, genügt für sich allein nicht zur Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung des Schuldstatuts, wenn nicht noch andere Umstände hinzukommen (RGZ 68, 203 209; RG JW 1911, 225; RG DR 1943, 1066). Solche anderen Umstände fehlen. Insbesondere lässt sich daraus, dass der Kaufpreis in US-Dollar ausgedrückt wurde, kein Aufschluss gewinnen, zumal da die

vereinbarte Währung hier auf den Erfüllungsort ohne Einfluss ist (RGZ 81, 273 2767). Desgleichen ist im Wege einer objektiven Abwägung der Interessen kein mutmaßlicher Parteiwille zu finden. Hierfür wäre es erheblich, ob bei den verschiedenen räumlichen Beziehungen des Schuldverhältnisses eine gegenüber den anderen ein solches Gewicht hat, dass sie den Ausschlag gibt (RGZ 81, 273 2757; Wolff, Internationales Privatrecht Deutschlands 3. Aufl § 28 IV 2 1437). Auch das ist nicht der Fall. Die Staatsangehörigkeit der Beteiligten ist ebenso verschieden wie ihr Sitz und der Mittelpunkt ihrer geschäftlichen Tätigkeit. Der von der Revision ins Feld geführte Umstand, dass die deutsche Beklagte die Korrespondenz mit einer - in der Türkei befindlichen - italienischen Bank führte und im Kaufvertrag die Vereinbarung "cif Triest" getroffen war, gibt ebenfalls keinen hinreichenden Anknüpfungspunkt an eine bestimmte Rechtsordnung.

Es muss deshalb für die Beziehungen unter den Beteiligten das Recht des jeweiligen Erfüllungsorts gelten (RGZ 103, 259 2617^{RG}; JW 1938, 1175), der sich nach deutschem materiellem Recht bestimmt (RGZ 95, 164 1667). Erfüllungsort für die streitige Verpflichtung aus der Bankbestätigung ist nach § 269 Abs 1 BGB der Sitz der Beklagten. Deren Zahlungspflicht bestimmt sich deshalb nach deutschem Recht. Dasselbe gilt, soweit es sich darum handelt, ob die Beklagte Einwendungen aus dem Kaufvertrag erheben kann, da auch insoweit ihre Verpflichtung aus der Bankbestätigung in Frage steht, sowie ferner für die Abtretung einer etwa der Comitbanca zustehenden, gegen die Beklagte gerichteten Forderung aus der Bankbestätigung (RG JW 1933, 2582 25837; KG JW 1936, 2102). Für welche Beschaffenheit der Ware die Klägerin einzustehen hat und welche Mängel von ihr zu vertreten sind, entscheidet dagegen das an ihrem

Wohnsitz geltende Recht. Dass sie aber auch nach türkischem Recht entsprechend der in dem Kaufvertrag übernommenen Verpflichtung frische Eier an die Nebenintervenientin zu liefern hatte, kann keinem Zweifel unterliegen und wird von ihr nicht in Abrede gestellt. Soweit es im Verhältnis zwischen den Parteien auf die Rügepflicht der Nebenintervenientin, mit der sich die Revision befasst, ankommen sollte, wäre wiederum das Wohnsitzrecht der Käuferin, also deutsches Recht, anzuwenden (RGZ 81, 273 275).

Alle Streitfragen des Prozesses sind mithin nach deutschem Recht zu entscheiden.

II. 1) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass der Bankbestätigung vom 3. September 1951 weder die Rechtsnatur eines abstrakten Schuldversprechens nach § 780 BGB im allgemeinen noch die eines bestätigten und unwiderruflichen Dokumentenakkreditivs im besonderen zukomme. Wenn auch das Fehlen des Wortes "Akreditiv" in der Urkunde nicht schade und der Begriff "Bankgarantie" dasselbe bedeute, so sei hier doch von beiden nicht die Rede. In dem Schreiben vom 3. September 1951 werde nur gesagt, es sei die feste Gewähr dafür gegeben, dass der Abwicklung des Geschäfts keine devisenrechtlichen Hindernisse entgegenständen. Die im Kaufvertrag getroffene Vereinbarung der Zahlung gegen Bankgarantie berühre das Verhältnis der Parteien des Rechtsstreits nicht. Auch die Verwendung der Worte "Bestätigung" und "bestätigen" zwingt nicht zur Annahme eines abstrakten Schuldversprechens, zumal da sich aus dem Inhalt der Bestätigung ergebe, dass die Begründung einer selbständigen Verpflichtung nicht gewollt gewesen sei. Die Beklagte habe ihre Zahlung in dem Schreiben vom 3. September 1951 ausdrücklich davon abhängig gemacht, dass die Ware vereinbarungsgemäss geliefert werde.

Diese zusätzliche Voraussetzung sei nicht so zu verstehen, dass sich die ordnungsgemäße Lieferung allein aus dem Gutachten der von der Beklagten beauftragten Kontrollgesellschaft in I [REDACTED] habe ergeben sollen. Ein vorbehaltloses, vom Kaufvertrag unabhängiges Leistungsversprechen der Beklagten liege deshalb nicht vor.

Auch die Grundsätze von Treu und Glauben gestatteten nicht, der Bankbestätigung aus subjektiven Gründen die Rechtsnatur eines Akkreditivs zuzusprechen. Die Empfängerin des Schreibens vom 3. September 1951, die Comitbanca, sei eine im Akkreditivwesen erfahrene Stelle, die den besonders hervorgehobenen Vermerk über die Voraussetzung vereinbarungsgemäßer Lieferung nicht habe übersehen können, und die auch nicht im Zweifel darüber gewesen sei, dass kein Akkreditiv vorliege. Ihrer Bitte, die Beklagte möge bestätigen, dass die neue Operation wie ein bestätigtes unwiderrufliches Akkreditiv zu betrachten sei, sei diese nicht nachgekommen, vielmehr habe sie nur erwidert, dass Abänderungen ohne Einverständnis des Begünstigten nicht erfolgen würden. Ohne ihre Bitte zu wiederholen, habe die Bank der Klägerin sich damit abgefunden und das Geschäft abgewickelt.

a) Die Revision rügt, das Berufungsgericht sei zu Unrecht und unter Verletzung der §§ 133, 157 BGB sowie verfahrensrechtlicher Vorschriften zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte mit dem Schreiben vom 3. September 1951 kein Dokumentenakkreditiv bestätigt und kein abstraktes Schuldversprechen im Sinne von § 780 BGB abgegeben habe. Es kann dahinstehen, ob diese Rügen berechtigt sind, soweit mit ihnen die Auslegung der in dem Schreiben vom 3. September 1951 enthaltenen Erklärung der Beklagten als solcher unter Heranziehung des zwischen den Beteiligten

geführten Schriftwechsels angegriffen wird. Denn wie die Revision zutreffend geltend macht, hat das Berufungsgericht jedenfalls die Antwort der Beklagten vom 15. September 1951 auf die Aufforderung der Comitbanca vom 11. September 1951 klarzustellen, dass es sich um ein bestätigtes unwiderrufliches Akkreditiv handle, rechtsirrig beurteilt und verkannt, dass die Beklagte schon wegen dieser Antwort vom 15. September 1951 das Schreiben vom 3. September 1951 als ein von ihr bestätigtes Akkreditiv gegen sich gelten lassen muss.

Die Bank der Klägerin wollte wissen, ob die Beklagte mit der Übersendung des Schreibens vom 3. September 1951 der im Kaufvertrag vereinbarten Vorleistungspflicht der Käuferin zur Vorlage eines unwiderruflichen bestätigten Akkreditivs als deren Erfüllungsgehilfin nachgekommen sei, so dass sie der Klägerin hiervon Mitteilung machen und diese die Eier abschicken konnte. Die Zweifel der Bank der Klägerin waren berechtigt. Denn das Schreiben der Beklagten wies, abgesehen von der zugefügten Bedingung vertragsmässiger Lieferung der Ware, alle wesentlichen Merkmale eines unwiderruflichen bestätigten Akkreditivs auf, ohne allerdings diesen Ausdruck selbst zu enthalten. Der Beklagten konnte die Notwendigkeit einer umgehenden eindeutigen Beantwortung der Anfrage und deren Bedeutung für die weiteren Entschlüsse der Gegenseite nicht verborgen bleiben. Da sie durch den maschinenschriftlichen Zusatz der Bedingung vertragsmässiger Lieferung der Ware die Unklarheit über die Rechtsnatur ihrer Bankbestätigung herbeigeführt hatte, musste sie nach Treu und Glauben eine klare Antwort geben. Stattdessen beschränkte sie sich darauf, nur zu erklären, dass Abänderungen ohne Einverständnis der Begünstigten nicht erfolgen würden. Das Berufungsgericht verkennt die Bedeutung dieser Erläuterung

des Schreibens vom 3. September 1951, wenn es das Ausbleiben einer ausdrücklichen Antwort auf die Frage nach dem Akkreditiv für massgebend hält und meint, die Bank der Klägerin hätte ihre Anfrage wiederholen müssen, wenn sie Klarheit haben wollte. Die Antwort der Beklagten kann vielmehr nach den gesamten Umständen des Falles rechtlich nur als eine volle Bejahung der Anfrage und damit als eine verbindliche Erklärung dahin angesehen werden, dass sie die sich aus einem bestätigten Akkreditiv ergebenden Verpflichtungen eingegangen sei (§§ 157 BGB, 346, 350 HGB).

Das entspricht auch der Bedeutung, die dem Schweigen im Handelsverkehr nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen bei einer solchen Sachlage zukommt. Das Unterlassen einer Erklärung auf die Mitteilung eines Geschäftspartners kann zwar nicht allgemein, aber doch dann als Zustimmung aufgefasst werden, wenn nach der Lage des Einzelfalles entsprechend der Übung ordentlicher Kaufleute bei Ablehnung ein ausdrücklicher Widerspruch zu erwarten gewesen wäre (RGZ 103, 401 [405]; 115, 266 [268]; OGHZ 3, 226 [237]; BGHZ 1, 353 [355]; 7, 187 [189]; 11, 1 [3]). Will man die unvollständige Beantwortung der Anfrage der Comitbanca nicht ohne weiteres als deren Bejahung, sondern als ein teilweises Schweigen auf diese Anfrage ansehen, so ergibt sich aus diesen Grundsätzen gleichfalls, dass die Beklagte durch solches Schweigen bestätigt hat, die Haftung aus einem Dokumentenakkreditiv übernommen zu haben, und dass sie das in der Anfrage vom 11. September 1951 liegende dahingehende Vertragsangebot der Comitbanca angenommen hat. Die Beklagte kann sich deshalb nun nicht mehr darauf berufen, nach dem in dem Schreiben vom 3. September 1951 enthaltenen Zusatz sei ihre Zahlungspflicht ausser von der Vorlage der Dokumente von der weiteren Voraussetzung vereinbarungsgemässer Lieferung der Ware an die

Nebenintervenientin abhängig; denn wenn sich auch die bestätigende Bank in dem Bestätigungsschreiben unter Umständen besondere Einwendungen vorbehalten kann (RG JW 1936, 1894), so war hier gerade diese Einwendung nach dem Vorgesagten jedenfalls ausgeschlossen, nachdem die Comitbanca ihre Anfrage vom 11. September 1951 als uneingeschränkt bejaht betrachten durfte. Entsprechend der Bedeutung, die dem bestätigten Bankakkreditiv im Handelsverkehr beigemessen wird, haftet deshalb die Beklagte aus diesem als aus einem abstrakten Schuldversprechen (§ 780 BGB), ohne Einwendungen aus dem zwischen der Nebenintervenientin und der Klägerin abgeschlossenen Kaufvertrag geltend machen zu können; § 784 Abs 1 BGB ist insoweit entsprechend anwendbar (Geßler-Hefermehl HGB 2. Aufl § 365 Anm 79; Baumbach-Duden HGB 11. Aufl Anh § 365 Anm 5 D; a.A. zu Unrecht Ritter HansRZ 1921, 609 [627]). Der in das Bestätigungsschreiben vom 3. September 1951 aufgenommene Hinweis auf die Voraussetzung vereinbarungsgemässer Lieferung lässt sich nach der Beantwortung der Anfrage der Comitbanca aus Rechtsgründen nur noch dahin verstehen, dass sich die einwandfreie Beschaffenheit der Ware nach Qualität und Gewicht für die Beklagte aus dem ihr vorzulegenden Dokument der Kontrollgesellschaft in I. ergeben musste. Wenn das Berufungsgericht die Klausel anders ausgelegt hat, so beruht das auf einer rechtsirrigen Beurteilung der Antwort der Beklagten vom 15. September 1951 auf die Anfrage der Comitbanca vom 11. September 1951. Das Revisionsgericht ist deshalb an diese auf Rechtsirrtum beruhende Auffassung nicht gebunden und kann die Frage auf Grund der gegebenen Sach- und Rechtslage abschliessend entscheiden.

b) Darauf, ob aus dem bestätigten Akkreditiv unmittelbar Ansprüche für die Klägerin selbst oder ob solche nur für die Comitbanca entstanden sind, braucht nicht einge-

gangen zu werden, weil die Klägerin unwidersprochen vorge-
tragen hat, die Comitbanca habe ihr ihre etwaigen Rechte
abgetreten. Ebenso kann es dahinstehen, ob die Beklagte der
Klägerin Einwendungen aus dem zwischen dieser und der Neben-
intervenientin bestehenden Rechtsverhältnis entgegensetzen
könnte, wenn ihr auf diesem Verhältnis beruhende Rechte
der Nebenintervenientin abgetreten worden wären; denn be-
stimmte Behauptungen über eine solche Abtretung sind von
der Beklagten nicht aufgestellt worden.

c) Eine besondere devisenrechtliche Genehmigung nach dem
MilRegG Nr 53 für das Akkreditiv war neben der erteilten
Einfuhr- und Zahlungsbewilligung nicht erforderlich. Das
Einfuhrbewilligungsverfahren war damals geregelt durch
die Jeia-Anweisung Nr 29 vom 3. Februar 1949 (ÖffAnz VerWiGeb
Nr 13 [1]). Nach Nr 17 dieser Anweisung in der Fassung
der Bekanntmachung der 8. Änderung vom 1. November 1950
(BAnz Nr 215 [1]) war auf Grund der von der Landeszen-
tralbank erteilten Einfuhrbewilligung die Aussenhandels-
bank berechtigt, die Devisenzahlung zu veranlassen, wobei
die Eröffnung von Akkreditiven ohne Genehmigung durch den
Einfuhrausschuss nicht früher als 60 Tage vor dem Liefe-
rungstermin vorgenommen werden durfte. Im übrigen war eine
besondere devisenrechtliche Genehmigung für das Akkreditiv
nicht vorgesehen, ebensowenig übrigens in dem Einfuhrbe-
willigungsverfahren, das später seine Regelung in dem Rund-
erlass des Bundeswirtschaftsministers Nr 56/51 vom 15.
Dezember 1951 fand (BAnz 1951 Nr 244 [1]; vgl dort Nr
21 c, d); dieser Runderlass ist seinerseits aufgehoben
und ersetzt worden durch den Runderlass Nr 51/54 vom 29.
Juni 1954, BAnz Nr 128 [1]). Ein Erfordern einer be-
sonderen devisenrechtlichen Genehmigung wäre auch mit
der Natur und dem Zweck des Einfuhrbewilligungsverfahrens,
das die devisenrechtlichen Hemmnisse der Wareneinfuhr er-

leichtern sollte, schwerlich zu vereinbaren. Nichts anderes besagt der Vermerk der Bankbestätigung vom 3. September 1951, dass mit der Einfuhrbewilligung die feste Gewähr für die Devisenzahlung gegeben sei. Wenn es in der von der Nebenintervenientin vorgelegten Einfuhrbewilligung heisst, die Bezahlung werde gemäss den im Antrag genannten Zahlungs- und Lieferungsbedingungen genehmigt, und sich in dem Antrag unter der Rubrik "Zahlungsbedingung" nur der Vermerk "Kassa gegen Dokumente" findet (Anl zu Bl 148 GA), so schloss das die Eröffnung eines Akkreditivs durch die Beklagte als Außenhandelsbank nicht aus.

d) Dass die Dokumente rechtzeitig und vollzählig vorgelegt wurden und inhaltlich in Ordnung waren, hat die Beklagte nicht bestritten. Wenn das Durchschnittsgewicht der Eier nach dem Bericht der Kontrollgesellschaft in I [REDACTED] (Bl 171 GA) das vereinbarte Gewicht bei 1000 Stück um 600 g überstieg, so konnte die Beklagte ersichtlich deswegen die Zahlung nicht verweigern. Der Klageanspruch war mithin an sich bei Vorlage der Dokumente fällig. Auch der Forderung auf Ersatz des Verzugs Schadens einschliesslich der geltend gemachten Verzugszinsen als solcher ist die Beklagte, abgesehen von den unter zu 2. noch zu erörternden grundsätzlichen Einwendungen, nicht entgegengetreten; gegebenenfalls wäre jedoch noch festzustellen, in welchem Zeitpunkt die Beklagte bezüglich der einzelnen von ihr verlangten Beträge in Verzug geriet.

2) Das Berufungsgericht meint, selbst wenn entgegen seiner Auffassung die Bankbestätigung als Akkreditiv zu betrachten sei und die Beklagte aus ihm selbständig hafte, so könne diese der Klage mit der Einwendung der unzulässigen Rechtsausübung begegnen, weil die Klägerin der Nebenintervenientin eine gänzlich ungeeignete Ware geliefert habe.

Der Auffassung, dass der aus einem bestätigten Akkreditiv Verpflichtete gegenüber dem Begünstigten vorbringen kann, die Geltendmachung der Rechte verstoße gegen Treu und Glauben und stelle sich als unzulässige Rechtsausübung dar (§ 242 BGB), ist beizupflichten. Es handelt sich hier um eine unmittelbare Einwendung gegenüber der Forderung aus dem Akkreditiv (RGZ 144, 133 137; Geßler-Hefermehl § 365 Anm 79), und zwar auch dann, wenn sie darauf gegründet wird, der Verkäufer habe in grober Weise gegen seine Pflichten aus dem Kaufvertrag verstoßen, so dass sein Zahlungsverlangen arglistig erscheine. In solchem Fall könnten aber nur sehr erhebliche Vertragsverletzungen des Verkäufers die Weigerung der Zahlung rechtfertigen, etwa die Lieferung einer zur Vertragserfüllung offensichtlich ganz ungeeigneten Ware (RGZ 106, 304 308); dem "offenbaren Wirtschaftsschädling" würde die aus dem Akkreditiv verpflichtete Bank nicht zu leisten brauchen (Ulmer ArchZivPrax 126, 257 295, 304 7). Es würde dann auch unerheblich sein, ob der Käufer gegenüber dem Verkäufer rechtzeitig die Mängelrüge entsprechend § 377 HGB erhoben hat; denn bei unredlichem Verhalten des Verkäufers würde dieser sich auch gegenüber dem Käufer auf die Verspätung der Rüge ebensowenig wie auf eine etwaige Genehmigung der Lieferung berufen können (§ 377 Abs. 5 HGB, § 242 BGB; Baumbach-Duden §§ 377, 378 Anm 2 C). Darauf, ob, wie die Revision meint, eine Mängelrüge hier bereits von der Kontrollgesellschaft, die die Eier im Auftrage der Beklagten in I. untersucht, hätte erhoben werden müssen, sowie darauf, ob die Rügepflicht nach § 378 HGB entfiel, kommt es nicht an.

Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung würde der Klägerin, falls sie bei Erfüllung des Kaufvertrags arglistig gehandelt hätte, im übrigen auch dann entgegengesetzt werden können, wenn die Rechte aus dem bestätigten Akkre-

ditiv zunächst nicht ihr, sondern der Comitbanca zugestanden haben sollten und sie zur Geltendmachung des Anspruchs nur als deren Zessionarin aktiv legitimiert wäre.

War die Beschaffenheit der ersten Eierlieferung derart, dass die Beklagte berechtigt wäre, die Zahlung des sich auf diese Lieferung beziehenden Betrages nach § 242 BGB abzulehnen, würde sie das auch wegen des weiteren Betrages tun können, der der zweiten Lieferung entsprach. Über deren Beschaffenheit ist zwar nichts näheres festgestellt; aber wenn die Klägerin mit der ersten Teilsendung eine völlig ungeeignete Ware lieferte und sich dann weigerte, die von der Käuferin verlangte Untersuchung der zweiten Lieferung in Triest vornehmen zu lassen, so wäre der Nebenintervenientin entsprechend den für die positive Vertragsverletzung entwickelten Grundsätzen das Festhalten am Kaufvertrage nicht zuzumuten gewesen (BGHZ 11, 80 847). Unter solchen Umständen würde auch die Beklagte die Zahlung in vollem Umfang verweigern können.

3) Die Voraussetzungen für die von ihr erhobene Einwendung der unzulässigen Rechtsausübung hat die Beklagte zu beweisen. Das Berufungsgericht sieht als erwiesen an, daß die gelieferten Eier schon bei der Verschiffung in I [REDACTED] zur Erfüllung gänzlich ungeeignet gewesen seien; ersichtlich will das Berufungsgericht damit auch sagen, dass nach seiner Überzeugung die für die Lieferung verantwortlichen Personen der Klägerin mit der Absendung einer solchen Ware arglistig gegenüber der Nebenintervenientin gehandelt hätten. Die dahingehenden tatsächlichen Feststellungen sind jedoch nicht in verfahrensrechtlich einwandfreier Weise getroffen worden, wie die Revision mit Recht beanstandet.

a) Im Auftrage der Nebenintervenientin hatte der Sachverständige des Landesverbandes Bayern des Eier-, Geflügel- und Honiggroßhandels R. [REDACTED] die erste Eierlieferung der Klägerin nach ihrer Ankunft in München am 9. Oktober 1951 untersucht. In den von ihm damals erstatteten Gutachten vom 9. Oktober 1951 und 7. November 1951 (Bl 60, 62 GA) gelangte er zu dem Ergebnis, dass die Eier zur Zeit der Ankunft in München mindestens 8 Wochen alt gewesen seien. Des weiteren wurde in einem am 30. Oktober 1951 von dem Veterinär-rat Dr. S. [REDACTED] vom Veterinäramt in München ausgestellten amtstierärztlichen Zeugnis das Alter der am vorhergehenden Tage stichprobenweise untersuchten Eier für den Untersuchungstag auf 10 bis 12 Wochen angegeben (Bl 66 GA). Das Berufungsgericht hat sich diesen Gutachten angeschlossen und angenommen, dass die Eier im Zeitpunkt der Verladung bereits 5 bis 6 Wochen alt gewesen seien.

Bei der Würdigung der Gutachten setzt das Berufungsgericht sich auch mit dem von der Klägerin vorgelegten Gutachten des Lebensmittelchemikers Dr. K. [REDACTED] vom 1. Dezember 1953 (Anl zu Bl 146 GA) auseinander. Das Gutachten von Dr. K. [REDACTED] wird in dem angefochtenen Urteil den anderen "Sachverständigengutachten" als "Privatgutachten" gegenübergestellt.

Dieser Umstand sowie die sonstige Ausdrucksweise, in der in dem Urteil von den Gutachten von R. [REDACTED] und Dr. S. [REDACTED] gesprochen wird, lässt erkennen, dass das Berufungsgericht deren Gutachten nicht wesentlich anders glaubte behandeln zu sollen, als wenn R. [REDACTED] und Dr. S. [REDACTED] Sachverständige im Sinne von § 404 ZPO gewesen wären. Das war jedoch, worauf die Revision zutreffend hinweist, nicht der Fall; beide Gutachten waren vielmehr für die Nebenintervenientin erstattet und von dieser in den Prozess eingeführt worden.

Zunächst durfte das Berufungsgericht nicht die in dem Gutachten von R. [REDACTED] enthaltenen tatsächlichen Angaben über die Beschaffenheit der Eier ohne weiteres als richtig unterstellen. Denn die Klägerin hatte zwar nicht in Abrede gestellt, dass die Eier in nicht einwandfreiem Zustand in München angekommen seien, sie hatte aber doch bestritten, dass die von Rist getroffenen tatsächlichen Feststellungen in vollem Umfange richtig seien (Bl 109, 109 R GA; vgl auch Bl 81 GA). Überdies stimmen die tatsächlichen Feststellungen, die in dem Gutachten von R. [REDACTED] getroffen sind, nicht in allen Punkten mit denjenigen überein, die das amtstierärztliche Zeugnis von Dr. S. [REDACTED] enthält. Nach dem Gutachten von R. [REDACTED] wiesen die noch nicht genussuntauglichen Eier im Mittel Luftkammern in Höhe von 20 bis 30 mm auf und waren die Luftkammern in einzelnen Fällen so groß wie der noch vorhandene Eiinhalt. Nach Angabe von Dr. S. [REDACTED] waren die Luftkammern der von ihm untersuchten Eier nach drei Wochen durchweg 15 bis 20 mm hoch und nahmen sie bei manchen Eiern bis zu einem Drittel des Eiinhalts ein. Dr. K. [REDACTED] weist in seinem Gutachten darauf hin, dass es widerspruchsvoll sei, wenn 3 Wochen später erheblich kleinere Werte gemessen würden als bei der ersten Untersuchung. Jedenfalls musste das Berufungsgericht in verfahrensrechtlich einwandfreier Weise klären, in welchem Zustand sich die Eier bei der Ankunft in München befanden und wie die Symptome beschaffen waren, aus denen Schlüsse auf das Alter der Eier gezogen werden konnten.

Unter Umständen wäre allerdings zunächst von der Richtigkeit der in dem amtstierärztlichen Zeugnis enthaltenen tatsächlichen Angaben über den Zustand der Eier auszugehen gewesen. Dies hätte geschehen müssen, falls das Zeugnis Beweiskraft im Sinne von § 418 ZPO besitzen sollte. Dafür wäre

es erheblich, ob die anscheinend auf Anforderung der Nebenintervenientin, also für private Zwecke, ausgestellte Bescheinigung unter Berücksichtigung der Aufgaben und der Amtsbefugnisse der ausstellenden Behörde eine öffentliche Urkunde darstellt (§ 415 Abs 1 ZPO). Dass die Ausstellung derartiger Bescheinigungen der Behörde nicht verwehrt und bei ihr gebräuchlich ist, würde dem Zeugnis noch nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde im Sinne der Vorschriften über den Urkundenbeweis verleihen (KG HRR 1942 Nr 162; Sydow-Busch ZPO 22. Aufl § 415 Anm 3; Baumbach-Lauterbach ZPO 23. Aufl § 415 Anm 2 C). Das Berufungsgericht hätte sich, wenn es den tatsächlichen Inhalt des Zeugnisses nach § 418 ZPO als erwiesen ansehen wollte, mit dem Charakter der Urkunde auseinandersetzen und die dazu erforderlichen Feststellungen treffen müssen.

b) Im übrigen wären die von der Beklagten und der Nebenintervenientin benannten Zeugen über die in München festgestellten Mängel der Eier zu vernehmen gewesen (Bl 124, 133, 134 GA).

c) Da R. [REDACTED] kein gerichtlich bestellter Sachverständiger war und die Klägerin die Richtigkeit des von ihm erstatteten Gutachtens unter Vorlegung eines Gegengutachtens in Zweifel gezogen hatte, durfte das Berufungsgericht, nachdem es den Sachverhalt selbst festgestellt hatte, auch nicht die von R. [REDACTED] gezogenen gutachtlichen Darlegungen wie solche eines Sachverständigen berücksichtigen (RG Gruch 56, 1061 /I062/; RG JW 1924, 962; RG SeuffArch 79 Nr 155). Eine höhere Bedeutung würde das Berufungsgericht nach den erwähnten Entscheidungen des Reichsgerichts allerdings dem Gutachten von Dr. S. [REDACTED] haben beimessen können, falls es als von einer Fachbehörde erstellt anzusehen wäre (vgl auch RGZ 44, 149 /I51/). Aber unter den hier gegebenen

Umständen durfte schon mit Rücksicht darauf, dass Dr. S. [REDACTED] nach seinen Angaben nur einen kleinen Teil der Eier untersucht und sich nicht darüber geäußert hatte, wie der Transport oder andere äussere Einflüsse sich auf den Zustand der Eier bei der Ankunft in München ausgewirkt haben könnten, ein in diesem Zusammenhang gestellter Beweis Antrag der Klägerin nicht unberücksichtigt bleiben. Die Klägerin hatte verlangt, den von ihr mit der Erstattung eines Gutachtens beauftragten Dr. K. [REDACTED], evtl. unter Gegenüberstellung mit R. [REDACTED] zu vernehmen oder einen durch die Technische Hochschule beauftragten Sachverständigen mit der Erstattung eines Gutachtens zu betrauen (Bl 144 GA). Dieser Antrag war erheblich. Wenn auch nur R. [REDACTED] und Dr. S. [REDACTED] einen mehr oder weniger großen Teil der Eier gesehen hatten und die übrigen Sachverständigen ihre Gutachten auf den anderweitig getroffenen Feststellungen aufbauen mussten, so konnte unter Umständen doch nach einer Gegenüberstellung der von den Prozessbeteiligten beauftragten sachverständigen Personen - Rist soll allerdings nach Angabe des für die Revisionsinstanz bestellten Prozessbevollmächtigten der Beklagten und der Nebenintervenientin inzwischen verstorben sein - oder bei Zuziehung eines gerichtlichen Sachverständigen die Möglichkeit eines geringeren Alters der Eier, als es von R. [REDACTED] und Dr. S. [REDACTED] angenommen war, nicht auszuschließen sein, etwa wenn es danach offen bleiben musste, ob die seinerzeit in I. [REDACTED] herrschenden Temperaturen und die Einflüsse des Transports sich nicht vielleicht doch nachteiliger ausgewirkt hatten, als es von Rist und Dr. S. [REDACTED] berücksichtigt worden war. Das Berufungsgericht selbst misst den im Gutachten von Dr. K. [REDACTED] aufgezeigten Einflüssen eine gewisse Erheblichkeit zu. Dabei ist zu beachten, dass der Klaganspruch nicht ohne weiteres bereits

dann zu Fall gebracht ist, wenn festgestellt werden kann, dass die Eier beim Versand etwas älter waren, als es nach den Bedingungen des Kaufvertrages zulässig war. Der Beklagten steht vielmehr der von ihr erhobene Einwand der unzulässigen Rechtsausübung, wie bereits dargelegt, nur zu, wenn die Eier sich nachweisbar schon damals in einem solchen Zustand befanden, dass die Klägerin, die freilich die zu erwartenden Einflüsse der Witterung und des Transports in Rechnung stellen musste, unanständig gegenüber der Nebenintervenientin handelte, sofern sie die Eier noch zur Absendung brachte. Erst nach der Vernehmung der in Betracht kommenden sachverständigen Personen - soweit diese noch möglich war - und zweckmässig unter Zuziehung eines weiteren gerichtlichen Sachverständigen hätte das Berufungsgericht zu einer abschliessenden Entscheidung darüber gelangen können, ob die Beklagte diesen ihr obliegenden weitgehenden Nachweis geführt hatte.

d) Das Berufungsgericht hat auch bei der Übergehung weiterer Beweisangebote der Klägerin, die von Bedeutung dafür waren, in welchem Zustand sich die Eier bei der Absendung befanden, gegen grundlegende Vorschriften der Prozessordnung verstoßen, wie die Revision mit Recht rügt. Die Klägerin hatte sich zum Beweis dafür, dass die Kontrollgesellschaft in I [REDACTED] die Prüfung der Eier ordnungsgemäss, und zwar auch mittels einer ausreichenden Durchleuchtung, vorgenommen habe, und dass die im Bericht der Kontrollgesellschaft in I [REDACTED] enthaltenen Angaben über die Beschaffenheit der Eier den Tatsachen entsprochen hätten, auf das Zeugnis mehrerer Personen bezogen, die bereits aus Anlass eines anderen Verfahrens entsprechende Erklärungen vor einem Notariat in I [REDACTED] abgegeben hatten (Anl zu Bl 45 d.A. 4 HKO 13/52).

Dieses Beweisangebot war weder ungenügend substantiiert, wie das Berufungsgericht meint, noch durfte es von vornherein mit der Begründung zurückgewiesen werden, von den genannten Personen, bei denen es sich durchweg um Angestellte und Beauftragte der Kontrollgesellschaft oder der Klägerin handelte, könne nur die Erklärung erwartet werden, dass sie ihre Obliegenheiten auf das Gewissenhafteste ausgeführt hätten. Diese Begründung für die Ablehnung des Beweisantrages stellte eine unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung dar. Aber auch die Zurückweisung wegen verspäteten Vorbringens war rechtlich fehlerhaft. Die Klägerin hatte nämlich den Beweisantrag nicht erst in dem Schriftsatz vom 14. Mai 1954 (Bl 179 GA), sondern bereits in der Berufungsbegründung gestellt. Wenn dort allgemein die Heranziehung von Akten eines anderen Rechtsstreits und des dort gelieferten Beweismaterials zum Zwecke des Beweises beantragt worden war (Bl 109 GA), so war das allerdings kein geeignetes Beweisanerbieten, auf das das Berufungsgericht hätte eingehen müssen. Aber an einer anderen Stelle der Berufungsbegründung hatte sich die Klägerin ausdrücklich auf die Zeugen berufen, die die erwähnten notariellen Erklärungen abgegeben hatten (Bl 110 R, 111 GA). Sie wollte nach ihren dortigen Ausführungen mit diesen Zeugen beweisen, dass die Kontrollgesellschaft in I. über Kontrolllampen verfügt und eine Prüfung der Eier vorgenommen habe, und damit gegenteilige Angaben, die in dem erwähnten anderen Rechtsstreit gemacht worden waren, widerlegen. Schon damals hatte sie also mit denselben Personen im wesentlichen dieselben Tatsachen beweisen wollen, für die sie die Zeugen in dem Schriftsatz vom 14. Mai 1954 nochmals benannte.

Der in der Berufungsbegründung gestellte Beweisantrag durfte nicht nach § 529 Abs 2, 3 ZPO als verspätet zurückgewiesen werden. Selbst wenn die Zeugen schon im ersten Rechtszug hätten benannt werden können und man annehmen wollte, die Benennung sei dort aus grober Nachlässigkeit unterblieben, so wäre jedenfalls durch die Berücksichtigung des in der Berufungsbegründung enthaltenen Beweisangebotes die Erledigung des Prozesses im Rechtssinne nicht verzögert worden.

Denn nachdem die Berufungsbegründung am 13. Oktober 1953 bei dem Oberlandesgericht eingegangen war (Bl 107 GA), ordnete dieses noch durch Beweisbeschluss vom 15. Februar 1954 (Bl 155 GA) die Vernehmung eines Zeugen an, nachdem es bereits in der Verhandlung vom 3. Dezember 1953 der Klägerin durch Beschluss eine die Devisengenehmigung betreffende Auflage gemacht und neuen Termin auf den 4. Februar 1954 anberaumt hatte (Bl 136 R, 137 GA). Bei einer derartigen Sachlage war für eine Zurückweisung der in der Berufungsbegründung gestellten Beweisanträge kein Raum (vgl RG LZ 1927, 49; Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl § 279 Anm II 1 b; Baumbach-Lauterbach § 279 Anm 1 B). Auch dass die Zeugen im Ausland hätten vernommen werden müssen (vgl zu der Frage des Rechtshilfeverkehrs mit der Türkei Bülow BAnz 1952 Nr 234 5, 107), rechtfertigt keine andere Beurteilung.

e) Zutreffend beanstandet die Revision schliesslich, dass die im Schriftsatz der Klägerin vom 14. Mai 1954 gestellten Beweisanträge, mit denen die Glaubwürdigkeit des Zeugen H. erschüttert werden sollte, nicht übergangen werden durften. Es handelt sich dabei einmal um die Benennung eines Zeugen für die Behauptung, dass dem H. über die Durchleuchtung der Eier andere als die von diesem selbst bekundeten Mitteilungen gemacht worden seien

(Bl 179, 180 GA), sowie um zwei weitere Zeugen, die dafür benannt worden waren, dass nicht die Inhaber der Klägerin dem H[REDACTED], wie dieser ausgesagt hatte, eine Preisermäßigung angeboten hätten, sondern dass umgekehrt H[REDACTED] versucht habe, bei der Klägerin einen Preisnachlass zu erreichen (Bl 180, 181, 193^{GA}). Diese Beweisangebote waren erheblich, da das Berufungsgericht seine Überzeugung davon, dass die Eier eine zur Vertragserfüllung gänzlich ungeeignete Ware gewesen seien, mit auf die Bekundungen des Zeugen H[REDACTED] gegründet hat. Sie waren auch weder auf die Absicht der Prozessverschleppung noch auf grobe Nachlässigkeit zurückzuführen, da sie erst gebracht werden konnten, nachdem die Vernehmung des Hackl (Bl 160 R GA) durchgeführt war. Wenn auch bereits eine in einem anderen Rechtsstreit eingereichte eidesstattliche Versicherung des H[REDACTED] vorhanden war (Bl 35 d.A. 4 HKO 15/52), so brauchte die Klägerin deswegen doch nicht die Beweisangebote, die sich auf die Glaubwürdigkeit des H[REDACTED] beziehen, früher zu stellen. Die Beweisangebote gingen auch innerhalb der der Klägerin nach der Vernehmung des H[REDACTED] gesetzten, auf ihren Antrag verlängerten Erklärungsfrist ein (Bl 162, 165, 175, 176 GA); nur die Mitteilung der Namen von zwei Zeugen erfolgte nach Ablauf dieser Frist (Bl 193 GA), doch war auch sie noch zu berücksichtigen, da im schriftlichen Verfahren entschieden wurde und die Entscheidung bis dahin noch nicht ergangen war (BGHZ 11, 27 317).

Über den Beweiswert der Aussage des Zeugen H[REDACTED] sowie des Berichtes der Kontrollgesellschaft in I[REDACTED] über den Zustand der Eier bei der Absendung hätte das Berufungsgericht sich erst schlüssig werden können, nachdem es den zuletzt erörterten Beweisangeboten der Klägerin stattgegeben hatte. Erst wenn dies geschehen war und die

sachverständigen Zeugen und Sachverständigen in der verfahrensrechtlich gebotenen Weise gehört worden waren, konnte das Berufungsgericht auf Grund der gesamten Verhandlungs- und Beweisergebnisse entscheiden, ob der Beklagten der Nachweis gelungen war, dass die Geltendmachung des Klagsanspruchs eine unzulässige Rechtsausübung in dem oben dargelegten Sinne darstellte.

III. Wegen der dargelegten Verfahrensverstöße musste das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen werden, ohne dass auf die weiteren von der Revision erhobenen Rügen einzugehen war. Das Berufungsgericht wird in der neuen Verhandlung von der Beurteilung der Rechtslage, wie sie hier vorgenommen worden ist, auszugehen und die Beweisaufnahme entsprechend den dargelegten Grundsätzen durchzuführen haben.

Schmidt Johannsen Kregel Scheffler Wüstenberg